Relación jurídica entre la muerte presunta y la desaparición forzada según el Código Civil

Abg. Robert Friend Macías, Mtr
Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES), docente a tiempo completo de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Campus Samborondón, Guayaquil, Ecuador.
Correo electrónico: robertfriendm@gmail.com; robertfriend@uees.edu.ec

Abg. María Cristina Naveda Vera
Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES), Guayaquil, Ecuador.
Correo electrónico: cristina_naveda@hotmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018
DOI: doi.org/10.18272/lr.v5i1.1218

Citación

Friend Macías, R., & Naveda Vera, M. C. (2018). Relación jurídica entre la muerte presunta y la desaparición forzada según el Código Civil. USFQ Law Review, 5(1), 16. https://doi.org/10.18272/lr.v5i1.1218.

Resumen

La presente investigación analiza la relación entre la muerte presunta y la desaparición forzada de personas mediante el estudio del antecedente histórico, características, efectos y procedimientos de estas instituciones jurídicas. Además, se analizarán el caso Restrepo y el caso Fybeca desde la perspectiva de la muerte presunta para demostrar que los informes adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que declaran el derecho a indemnización económica a las familias de las víctimas objeto de desapariciones forzadas, no implican la declaratoria de muerte presunta en el ámbito civil. Finalmente, se analizará la situación presentada en las últimas elecciones efectuadas en Ecuador respecto de los hermanos Restrepo y su inclusión en el padrón electoral.

Palabras clave

Muerte presunta, ausencia, desaparición forzada, Restrepo, Fybeca.

Legal relationship between presumed death and enforced disappearance according to the Civil Code

Abstract

This research analyzes the relationship between presumed dead and forced disappearance of persons by studying the historical background, characteristics, effects and procedures of these legal institutions. In addition, the "Restrepo" case and the "Fybeca" case will be analyzed from the perspective of presumed death to demonstrate that the reports adopted by the Inter-American Commission on Human Rights declare the right to financial compensation to the families of the victims forced disappearances, do not imply the declaration of presumed death in the civil sphere. Finally, the situation presented in the last elections held in Ecuador regarding "The Restrepo brothers" and their inclusion in the electoral register will be analyzed.

Keywords

Presumed death, absence, forced disappearance, Restrepo, Fybeca.

1. Introducción

La muerte de la persona natural es un hecho jurídico inevitable del cual nadie está liberado y que es parte del proceso biológico del hombre. A pesar de lo anterior, existen circunstancias en las cuales no se sabe si una persona ha muerto, como por ejemplo en los casos de las personas desaparecidas de las cuales no se llega a tener noticias de su existencia o de las que hayan estado en un acontecimiento peligroso del cual son pocas las probabilidades de que estén con vida. En razón de estos acontecimientos, se ha hecho necesario que los ordenamientos jurídicos incluyan la institución jurídica de la muerte presunta para declarar de forma ficticia el fallecimiento de una persona natural.

Por otra parte, es importante diferenciar la figura de la muerte presunta con los casos de desaparición forzada en los que existen informes por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por cuanto en la primera, sí se establece una muerte ficticia y pone fin a la existencia de la persona natural; en cambio, en el segundo, a pesar de existir una condena al Estado responsable de la desaparición forzada, no significa por ello que se declare de pleno derecho la muerte de una persona natural.

El presente trabajo se centrará en analizar los orígenes históricos, características, procedimientos, juez competente, efectos de las diferentes etapas de la figura jurídica de muerte presunta así como el análisis de la vía idónea para declarar la muerte presunta en los casos de desaparecimiento forzado tomando como referencia dos acontecimientos conocidos públicamente en Ecuador: Caso Restrepo y Caso González y otros (Fybeca).

2. Antecedentes históricos de la muerte presunta

En el Derecho romano, no se reguló una institución jurídica similar a la muerte presunta. En aquella época, funcionaba un sistema de libertad de apreciación judicial, mediante el cual el juez consideraba muerto al ausente en virtud de los elementos de juicio presentados por quien alegaba derechos resultantes de la muerte. Mientras que en el antiguo Derecho germánico, los tribunales tenían facultad para dictar la "declaración de muerte" a petición de parte en virtud de ausencias que variaban entre los cinco y veinte años, pero este término quedaba disminuido cuando el ausente tuviera edad avanzada entre los setenta y cien años[1].

Desde el Derecho romano, ya existía el *curator bonorum absentis,* quien se encargaba de cuidar los bienes del ausente y también se le permitía que, en la fecha que este cumpliera 100 años, podía ejercer la *actio hereditatis petitio.* En el Derecho

1 *Cfr*. Tobías, José. *Fin de la existencia de las personas físicas.* Buenos Aires: Astrea, 1998, pp. 109-111.

germánico, era distinto, ya que, en un corto tiempo, se establecía la declaración de fallecimiento del desaparecido[2].

En el Derecho francés, se ignoró lo referente a la declaración de muerte acogida por el Derecho germánico. El Código Napoleónico instauró la regulación de la "ausencia" de la persona sin vincularla con su posible muerte, por lo que el ausente no era considerado fallecido y la declaración no establecía un supuesto de extinción de la personalidad jurídica. Sin embargo, los efectos de la ausencia con relación a los bienes se asemejaban a los de la muerte[3].

En las legislaciones antiguas, las materias tanto de ausencia como la de muerta presunta, fueron deficientes a tal punto que con el transcurso del tiempo, los diferentes ordenamientos jurídicos las fueron normando y sistematizando. El poco aporte del legislador respecto a la institución jurídica de muerte presunta se justifica porque en aquella época era extraño el caso de desaparecimiento de una persona. En la actualidad con la rapidez y facilidad que existe en las comunicaciones, no es normal que una persona se ausente de su domicilio por largo tiempo o que deje abandonado su hogar, sus intereses, y no tenga contacto con su familia, por lo que aumenta la probabilidad que esa persona haya fallecido[4].

3. Relación jurídica entre ausente y desaparecido según la doctrina

En la institución jurídica de la muerte presunta, siempre hay que hacer una diferenciación en cuanto a los términos usados entre ausente, desaparecido y no presente. Larrea, citando a Planiol y Ripert los distingue con claridad de la siguiente manera:

> El ausente es la persona cuya existencia no es posible establecer por ningún hecho y cuya muerte no puede ser probada. El desaparecido es el que ha cesado de vérsele a partir de un accidente o catástrofe en la que tiene toda la probabilidad que haya muerto. El no presente es el que se encuentra alejado de un lugar determinado, pero sobre cuya existencia no hay dudas[5].

Estas terminologías no siempre son constantes y varían según las legislaciones. Por ejemplo, la ley colombiana (al igual que la francesa) utiliza los vocablos "ausencia" y "desaparición" para referirse a lo mismo, ya sea para la persona desaparecida así como para el individuo que no se encuentra en su domicilio. Se considera ausente a la persona que se ha ido y no se sabe dónde se encuentra, abandonando sus negocios y demás asuntos de interés y, si la ausencia se prolonga por bastante tiempo, se pensaría que ha muerto[6].

2 *Cfr*. Espinoza, Juan. *Derecho de las personas.* Volumen I. Sexta ed. Lima: Iustitia, 2012, p. 957.
3 *Cfr*. Tobías, José. *Fin de la existencia de las personas físicas*. *Óp. cit.*, p. 111.
4 *Cfr*. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil*. Volumen I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 257.
5 Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. Volumen I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 365.
6 *Cfr*. Medina, Juan. *Derecho Civil*. Primera ed. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005, p. 464.

Castro, citando a Salvat, manifiesta que la palabra ausencia se emplea en el Derecho para distintos significados: a) cuando una persona no se encuentra en un lugar determinado; b) cuando el individuo no comparece a tomar intervención en un juicio en el cual está interesado; c) cuando el sujeto ha abandonado su domicilio sin que se tenga noticias de él después de haber transcurrido cierto tiempo, de tal manera que no se conozca si está vivo o muerto[7].

Por su parte, Cabanellas indica que "la desaparición constituye una de las fases de la ausencia, justamente la que pone en marcha todo el dispositivo legal que puede conducir incluso a la declaración de muerte y la sucesión universal de una persona"[8]. La desaparición muchas veces ocurre en circunstancias tales como un naufragio, un hecho de guerra, peligro inminente para la vida, de los cuales, pasado cierto tiempo sin recibir noticias del desaparecido, lo más probable es que haya fallecido[9].

Los términos desaparición y ausencia se relacionan con la presunción de muerte, ya que, para que exista una declaración de muerte presunta, previamente debe existir una condición imprescindible, que es la ausencia o desaparición del individuo.

La doctrina ecuatoriana difiere del término "ausente" expuesto por Planiol y Ripert, ya que dicho concepto se asimila a lo que en la ley se refiere como desaparecido[10]. El Código Civil ecuatoriano confunde el término ausente con desaparecido al contener, en su artículo 66, la siguiente definición: "[S]e presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive y verificándose las condiciones que van a expresarse"[11].

Importante es manifestar que, según los casos o vías que existen para la declaratoria de muerte presunta en el Código Civil ecuatoriano, la postura que se mantiene en el presente trabajo es que lo correcto es utilizar el término "ausente" para el caso general de muerte presunta de diez años o de la persona que ha cumplido ochenta años y el término "desaparecido" para el caso especial de muerte presunta de seis meses según las definiciones aportadas por Planiol y Ripert en líneas anteriores, ya que en este último caso, las posibles situaciones en las que se desencadenó la desaparición, tornarían imposible que una persona pueda sobrevivir, como por ejemplo: una catástrofe, guerra, incendio, naufragio[12].

De tal manera, se concluye que la muerte presunta es una institución jurídica declarada por sentencia judicial, mediante la cual se regula las relaciones con terceras personas, considerando muerta a una persona que ha estado ausente o

---

7 Castro, Jorge. *Manual de Derecho Civil.* Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2010, p. 78.

8 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Volumen III. Buenos Aires: Heliasta S.R.L, 2009, p. 185.

9 *Cfr*. Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*. Volumen I. Decimotercera ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, pp. 263-264.

10 *Cfr.* Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. *Óp. cit.*, p. 366.

11 Código Civil Ecuatoriano. Artículo 66. Registro Oficial 46 del 24 de junio de 2005.

12 Rabinovich, Ricardo. *Derecho Civil.* Segunda ed. Buenos Aires: Astrea, 2013, p. 332.

desaparecida, asumiendo que, por el hecho de no tener noticias de ella por un período de tiempo, lo más probable es que haya fallecido[13].

3.1. Juez competente de la declaración de muerte presunta

El trámite judicial para la declaración de muerte presunta debe realizarse por el juez del último domicilio que haya tenido el desaparecido o ausente en Ecuador, según establece el artículo 67 numeral 1 del Código Civil ecuatoriano, el cual indica que debe justificarse que se desconoce el paradero de la persona desaparecida o ausente y que se han hecho las diligencias necesarias para averiguarlo[14].

La ley refiere que ese domicilio debe ser general más no especial. Se debe precisar que el juez del último domicilio que haya tenido el desaparecido o ausente en Ecuador será competente en los siguientes casos: (i) cuando el desaparecido o ausente no haya adquirido otro domicilio conocido en el extranjero, luego de haberlo tenido en Ecuador; (ii) cuando el desaparecido o ausente sea ecuatoriano y tenga cónyuge o parientes ecuatorianos; y, (iii) cuando se le atribuye competencia a jueces ecuatorianos en virtud de tratados internacionales o de remisión de otra ley extranjera; es decir, que tiene competencia el juez ecuatoriano, a pesar que el desaparecido o ausente haya tenido su último domicilio en el exterior[15].

La declaración de muerte presunta efectuada por el juez competente tiene validez extraterritorial; así lo determina el artículo 83 del Código Sánchez Bustamante. En otras palabras, también origina efectos fuera del Estado en que se declaró la muerte presunta, siempre y cuando ese país reconozca la extraterritorialidad para que surta efectos[16].

3.2. Etapas del proceso de la declaración de muerte presunta

En la declaración de muerte presunta debe seguirse un proceso legal que finaliza con una sentencia emitida por un juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. Esta declaración se origina por el tiempo de desaparición o ausencia de una persona, si se encuentra ausente por largo tiempo de su domicilio, si la desaparición se produjo a raíz de un accidente o peligro inminente y respecto a la edad que tenía la persona en el momento de su ausencia. Ante estos sucesos, se solicita la presunción de muerte al término de un determinado plazo, cuyo efecto es la fijación de la fecha a partir de la cual se considera que ha ocurrido la muerte[17].

El proceso se puede clasificar en tres tipos:

13 *Cfr.* Larrea, Juan. Derecho Civil del Ecuador. *Óp. cit.*, pp. 366-367.
14 Código Civil Ecuatoriano. Registro Oficial 46 del 24 de junio de 2005. Artículo 67.
15 *Cfr.* Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. *Óp. cit.*, p. 368.
16 Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante (2005). Artículo 83.
17 *Cfr.* Parraguez, Luis. *Manual de derecho civil ecuatoriano*. Volumen I. Tercera ed. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 1998, pp. 64-65.

1. El caso general del ausente en el cual se requiere que transcurran por lo menos dos años desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la persona ausente. Transcurridos los dos años y de haberse cumplido las debidas formalidades concernientes a la citación del ausente, el juez está facultado para declarar la muerte presunta y fijará el día presuntivo de la muerte un año después a partir de la fecha de sus últimas noticias[18].

2. El caso especial del desaparecido se da cuando, a raíz de un accidente o circunstancias constitutivas de peligro de muerte, la persona desaparecida se hubiera encontrado presente en una guerra, naufragio, que desde ese momento no se ha tenido noticias y han transcurrido seis meses, habiéndose practicado las debidas citaciones, por lo tanto es casi cierta la muerte de la persona y el juez debe fijar como fecha presuntiva de muerte el día que ocurrió el hecho y, si no es clara esa fecha, fijará una intermedia entre el principio y el fin de la época en que ocurrió el acontecimiento[19].

3. El caso de la persona desaparecida que haya cumplido ochenta años desde su nacimiento en el cual se considera a las personas que, por tener una edad avanzada, no tienen la misma fuerza física y capacidad de supervivencia que una persona de veinte años, por lo que, si no se tiene noticias dentro de un tiempo determinado, se podrá solicitar la declaración de muerte presunta siempre que hayan transcurrido por lo menos tres años desde la fecha cuando se tuvieron las últimas noticias del desaparecido[20]. El caso de la persona que ha cumplido ochenta años podría considerarse como un caso especial en razón de que se declara la posesión definitiva en vez de la provisional al momento de verificarse la edad de ochenta años en esta etapa.

3.3. Efectos de la declaración de muerte presunta

Una vez declarada la muerte presunta, y en ciertos casos, desde antes, se producen algunos efectos que tienden a velar por los intereses del ausente o desaparecido, intereses de terceros interesados en la declaratoria y, si es el caso, los de la sociedad conyugal. La muerte presunta en su generalidad distingue tres etapas o períodos: período de mera ausencia, período de posesión provisional y período de posesión definitiva[21]; en cambio, en el caso especial de muerte presunta solo existe el período de mera ausencia y posesión definitiva.

El período de mera ausencia comienza con la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del ausente o desaparecido y perdura hasta el día en que se decreta

18 *Cfr*. Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. *Óp. cit*., pp. 371-372.
19 *Cfr*. Guzmán, Aníbal. *Diccionario Explicativo Derecho Civil*. Volumen II. Quito: Jurídica del Ecuador, 1997, p. 93.
20 *Cfr*. Espinoza, Juan. *Derecho de las personas*. *Óp. cit*., p. 982.
21 *Cfr*. Parraguez, Luis. *Manual de derecho civil ecuatoriano. Óp. cit.*, pp. 65-66.

la posesión provisional o definitiva de sus bienes; esto es, tres años para el caso general en que se decreta la posesión provisional y, seis meses para el caso especial, ocurrido a raíz de una guerra, terremoto, naufragio, por el que se concede inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido[22].

Durante este período, no se altera la posesión de los bienes del desaparecido o del ausente y cuidarán sus intereses los apoderados o representantes legales y, en caso de no haberlos, se debe nombrar un curador de bienes del ausente o del desaparecido según corresponda. Este período termina cuando se tengan noticias del ausente o desaparecido y por conocer la muerte real del ausente o desaparecido[23].

El período de posesión provisional se inicia desde que se dicta el decreto judicial que concede la posesión provisional y termina cuando se otorga la posesión definitiva de los bienes del ausente; podrá dictarse una vez transcurridos los tres años desde las últimas noticias del ausente. Solamente los herederos presuntivos pueden solicitar la posesión provisional, es decir, los testamentarios y los forzosos o legitimarios[24].

Entre los efectos del decreto de la posesión provisional encontramos los siguientes: disolución de la sociedad conyugal, apertura y publicación del testamento del ausente, se otorga la posesión provisional de los bienes del ausente a los herederos presuntivos y se produce la emancipación legal de los hijos[25].

El período de posesión definitiva empieza con el decreto del juez que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido o ausente, normalmente, transcurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias del ausente, seis meses si es el caso especial del desaparecido que sufrió algún peligro, estuvo en una guerra, terremoto, naufragio, etc. o cumplidos tres años de las últimas noticias si el ausente ha cumplido la edad de ochenta años[26].

Asimismo, entre los efectos que produce el decreto de posesión definitiva están: apertura de la sucesión del desaparecido o ausente, terminación del matrimonio, se cancelan las cauciones constituidas en razón de la posesión provisional, finalizan las restricciones para enajenar libremente los bienes del desaparecido o ausente, se produce la emancipación legal del hijo en el caso que sea el único progenitor bajo patria potestad quien se declara muerto presunto y se consolidan los derechos de propietarios, fideicomisarios y legatarios[27].

22 *Cfr*. Cevallos, Rafael. *Código Civil en preguntas.* Volumen I. Segunda ed. Quito: Jurídica del Ecuador, 2010, p. 56.
23 *Cfr*. Ruz, Gonzalo. *Explicaciones de Derecho Civil*. Volumen I. Santiago: Legal Publishing Chile, 2011, p. 172.
24 *Cfr*. Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil ecuatoriano*. *Óp. cit.*, pp. 67-68.
25 *Cfr*. Ducci, Carlos. *Derecho Civil*. Cuarta ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2014, p. 117.
26 *Cfr*. Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. *Óp. cit.*, p. 379.
27 *Cfr*. Cevallos, Rafael. *Código Civil en preguntas. Óp. cit.*, p. 60.

3.4. ¿Quién puede solicitar la declaración de muerte presunta?

Pueden solicitar la declaración de muerte presunta las personas que tengan un derecho subordinado a dicho fallecimiento. Estas personas pueden ser: los presuntos herederos, el cónyuge, el socio del desaparecido o ausente, el beneficiario de un seguro de vida y los legatarios[28]. Los acreedores del ausente o del desaparecido no se encuentran dentro de este grupo porque sus derechos no están subordinados a la muerte del desaparecido y para hacerlos valer deben de dirigirse a los apoderados del ausente o promover el nombramiento de un curador de bienes[29].

3.5. Revocación de la sentencia de declaración de muerte presunta

Al admitir prueba en contrario, la sentencia de declaración de muerte presunta, por ser una presunción *iuris tantum*, y el hecho fáctico que la motivó pueden desvirtuarse en los siguientes casos: (i) cuando el desaparecido o ausente reaparezca; (ii) cuando se confirme la muerte real del desaparecido o ausente y (iii) cuando el desaparecido o ausente no haya muerto en la fecha que se fijó en la sentencia, sino que lo hizo en una fecha posterior[30].

La revocación de la sentencia de la declaración de muerte presunta puede ser solicitada por el propio desaparecido o ausente, por los legitimarios habidos durante la desaparición y por el cónyuge del desaparecido o ausente, cuando el matrimonio se haya efectuado en la época de la ausencia o desaparecimiento[31]. Si se trata del propio desaparecido o ausente, puede pedir la revocatoria en cualquier momento; si los que reclaman son los legitimarios o el cónyuge, la pueden solicitar solo dentro de los correspondientes plazos de prescripción, contados desde la fecha de la verdadera muerte[32].

Entre los efectos de la revocación de la sentencia se resaltan los siguientes: el reaparecido o sus herederos van a recuperar los bienes, pero solamente en el estado en que se encuentren, es decir que los bienes se recobrarán con las hipotecas y enajenaciones constituidas sobre ellos[33].

Los poseedores definitivos son considerados de buena fe; por lo tanto, no deberán devolver el valor de las enajenaciones realizadas. Constituye mala fe, el haber ocultado a sabiendas, la existencia o verdadera muerte del desaparecido o ausente; en este caso, deberán restituir los frutos, indemnizar todo el daño causado por

28 *Cfr*. Rabinovich, Ricardo. *Derecho Civil. Óp. cit.*, p. 332.
29 *Cfr*. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Óp. cit.*, p. 259.
30 *Cfr*. Valencia, Arturo y Ortiz, Álvaro. *Derecho Civil: Parte general y personas*. Volumen I. Decimosexta ed. Bogotá: Temis, 2014, p. 371.
31 *Cfr*. Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil ecuatoriano*. *Óp. cit.*, p. 77.
32 *Cfr*. Cevallos, Rafael. *Código Civil en preguntas*. *Óp. cit.*, p. 61.
33 *Cfr*. Ruz, Gonzalo. *Explicaciones de Derecho Civil*. *Óp. cit.*, p. 176.

su culpa y no tendrá derecho a reclamar por las mejorías hechas en los bienes poseídos a su cargo[34].

4. Desaparición forzada de personas

La desaparición forzada de personas tiene sus antecedentes en América Latina cuando los militares de la región empezaron a utilizar la desaparición forzada de personas como un método de control social y político, ya que pensaron que habían descubierto el crimen perfecto, al considerar que, si no hay víctimas, por lo tanto, no hay delito ni culpable[35].

El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas conceptualiza a la desaparición forzada como:

> Desaparición forzada es la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes[36].

La desaparición debe reunir estos elementos: (i) la víctima es privada de la libertad sin importar la forma que se adopte, ya sea empleando arresto, detención, secuestro, etc.; (ii) cometida por agentes del Estado o por personas que actúen bajo autorización de las autoridades; (iii) falta de información sobre el paradero de la víctima. Esto es, que los agentes mantienen en secreto el paradero y el estado de la víctima y las autoridades niegan rotundamente que esté bajo custodia de ellos[37].

La desaparición forzada es una violación múltiple de los derechos humanos, ya que la víctima, además de haber sido privada de su libertad por un agente, recibe de estos tratos crueles, inhumanos, torturas, asesinato; no obstante, el agente, para no dejar huellas del crimen, pretende esfumar el cuerpo para siempre de la faz de la tierra, vulnerando de esta manera la integridad de la persona y afectando a su familia y al entorno social. Es decir, la tragedia no se circunscribe en la víctima, sino que va más allá; además de privarla del derecho de ser parte de una familia y de la sociedad, pone en riesgo la paz social, creando un estado de angustia, temor e inseguridad[38].

Se pueden distinguir diversas modalidades en este crimen, las cuales son: el desaparecido definitivamente, el cual, luego de haber sido secuestrado, no se vuelve a tener

34 *Cfr*. Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. *Óp. cit.*, p. 385.

35 *Cfr*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio*. San José: Mundo Gráfico de San José, 2007, p. 161.

36 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994). Artículo 2.

37 *Cfr*. Monroy, Marco, y Navarro, Hermes. *Desaparición forzada de personas*. Bogotá: ABC, 2001, p. 2.

38 *Cfr*. Afanador, María. *El derecho a la integridad personal: elementos para su análisis,* 2006. http://site.ebrary.com/lib/ueessp/reader.action?docID=10146461&ppg=11 (acceso: 20-04-2018)

noticias; el desaparecido temporalmente, sujeto que, luego de haber sido ingresado a un centro de detención, no fue inscrito, pero, gracias a la búsqueda de sus familiares e investigadores, fue localizado y puesto en libertad; el desaparecido asesinado e identificado, que es la persona secuestrada que posteriormente fue asesinada, pero su cadáver fue identificado por los equipos de antropología forense; el desaparecido asesinado sin identificar, que es el individuo que luego de secuestrado fue asesinado, pero su cuerpo no se pudo identificar; y el desaparecido superviviente sin identificar, que es el niño que nace durante el cautiverio de sus padres o ha sido capturado junto a ellos[39].

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos así como la Constitución de la República del Ecuador, en armonía con el Código Orgánico Integral Penal, prohíben la práctica de la desaparición forzada de personas y se configura como un delito de lesa humanidad. Es importante destacar el avance jurídico que ha tenido el Código Orgánico Integral Penal, al incluir en su normativa la tipificación de nuevos delitos, como la desaparición forzada de personas establecida en el artículo 84 que antes, en el Código Penal, no estaba regulada.

5. El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Luego de la explicación anterior, es importante ahora hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual señala la obligación que tiene el Estado parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, para tipificar la desaparición forzada de personas dentro de su legislación, de acuerdo con los estándares internacionales. Para establecer la responsabilidad del Estado en cuanto a la desaparición forzada de personas, la jurisprudencia de la Corte establece que además de recurrir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también hay que acudir a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[40].

En el artículo 1, literal a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se expresa que los Estados parte se comprometen a: "No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aún en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales"[41].

La desaparición forzada de personas es una violación del derecho a la libertad, a la vida y a la seguridad. La prohibición de este delito para los Estados es de *jus cogens*, es decir que están obligados a impedir de cualquier manera la desaparición forzada de personas y ejecuciones extrajudiciales, así no hayan suscrito la

39 *Cfr*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio*. *Óp. cit.*, p. 145.
40 *Cfr*. Ambos, Kai, y Malarino, Ezequiel (edits.). *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Temis, 2011, p. 194.
41 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994). Artículo 1.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Este delito tampoco puede ser cometido en tiempo de guerra, en problemas políticos de la nación, ni en cualquier otra situación excepcional[42].

En este delito, se lleva a cabo un tratamiento cruel, despiadado, inhumano y degradante, e incluso una violación del derecho a la vida, ya que muchas veces se asesina al detenido, se lo mantiene en secreto ocultando su cadáver para no dejar indicios del crimen y así procurar la impunidad de los responsables[43].

La jurisprudencia de la Corte manifiesta que una de las características de la desaparición forzada, es la negativa del Estado de admitir que la víctima está bajo su custodia y de revelar la información para dar con su paradero, generando incertidumbre y temor acerca de su vida[44].

6. Casos connotados de desapariciones forzadas en Ecuador

6.1. Caso Restrepo

Es un claro ejemplo de los maltratos físicos, psíquicos, torturas y asesinatos que vivieron dos jóvenes por miembros del Servicio de Investigación Criminal de Pichincha (en adelante, SIC-P) en el año 1988 durante el gobierno de León Febres Cordero, cuando el país vivió una represión política en contra de los movimientos subversivos de aquella época, que dieron como resultado desapariciones forzadas, torturas, asesinatos, ejecuciones extrajudiciales, etc. [45].

Los hermanos Carlos Santiago, de 17 años, y Pedro Andrés Restrepo Arismendy, de 14 años, cayeron en las zarpas policiales hace treinta años cuando los detuvieron ilegal y arbitrariamente y luego los desaparecieron sin dejar rastro. Ante la incertidumbre del paradero de los menores, los padres emprendieron una búsqueda inalcanzable e inagotable, tuvieron muchas trabas, excusas y fueron engañados por miembros de la Policía a cambio de guardar silencio de la desaparición de sus pequeños. Pasaba el tiempo, pero Santiago y Andrés no aparecían, los resultados de su búsqueda por parte de la Policía fueron incoherentes, por lo que los padres decidieron hacer público el caso de sus hijos y denunciarlo exigiendo justicia a cada gobierno de turno[46].

El mencionado caso es conocido tanto a escala nacional como internacional por su relevancia. El crimen fue denunciado por Pedro Restrepo ante la Comisión

42 *Cfr*. Monroy, Marco, y Navarro, Hermes. Desaparición *forzada de personas*. *Óp. cit.*, pp. 4-5.
43 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Sentencia, 29 de julio de 1988.
44 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rodríguez Vera y otros vs. Colombia*. Sentencia, 14 de noviembre de 2014.
45 *Cfr*. Comisión Ecuménica de Derechos Humanos. *¿Dónde están?: Caso Restrepo-desaparición forzada*. http://www.cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=117:idonde-estan-caso-restrepo-desaparicion-forzada&catid=13:emblematicos&Itemid=5 (acceso: 07/05/2017).
46 *Cfr*. Restrepo, María (directora). *Con mi corazón en Yambo* [Película], 2015.

Interamericana de Derechos Humanos por la violación fehaciente de los Derechos Humanos cometida ante sus hijos, con el objetivo que el Estado ecuatoriano resarce los daños y perjuicios sufridos[47].

El Estado ecuatoriano no pudo demostrar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que no fueron sus agentes policiales quienes detuvieron arbitraria e ilegalmente a los hermanos Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendy, utilizando el maltrato físico y la tortura en estos jóvenes hasta terminar con sus vidas. Por lo que, el Estado ecuatoriano reconoció su culpabilidad y se obligó a asumir medidas reparadoras mediante el arreglo amistoso[48].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe, estableció, en el numeral 1, que el Estado ecuatoriano debe cumplir con el pago de USD 2 000 000 por concepto de indemnización en razón de los daños y perjuicios sufridos por la familia Restrepo Arismendy; en el numeral 2 del mismo informe, indica que sí hubo desaparición forzada de los hermanos Restrepo, determinando que el Estado debe tomar medidas necesarias para cumplir totalmente con la búsqueda de los cuerpos de los menores y el enjuiciamiento penal de las personas que participaron en la tortura, desaparición y fallecimiento de los hermanos Santiago y Andrés Restrepo Arismendy[49].

En dicho informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ninguna parte ordena que se declare la muerte presunta de los hermanos Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendy. Por lo tanto, se considera que ellos están vivos legalmente y, por esta razón, es correcto que hayan estado empadronados en el padrón electoral de las elecciones del Ecuador del año 2017.

6.2. Caso González y otros (Fybeca)

Este caso se produjo el 19 de noviembre de 2003, el cual constituyó un asalto a la farmacia Fybeca ubicada en la ciudadela La Alborada de la ciudad de Guayaquil, donde, producto del enfrentamiento entre agentes y asaltantes, resultó la ejecución de ocho personas y, a raíz de este incidente, hubo desapariciones también de otras personas[50].

En días posteriores al hecho, diario *El Universo* publicó una fotografía de un exagente de la Policía llevando detenido a Johnny Gómez, atándole sus manos y tapándole la cara. Su esposa, Dolores Guerra, inmediatamente lo identificó, afirmando que no había tenido noticias de él desde la mañana de la balacera. Luego, otras dos personas fueron reportadas como desaparecidas; una es **César**

47 *Cfr*. Comisión Ecuménica de Derechos Humanos. *¿Dónde están? Óp. cit.*
48 *Cfr*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso por el cual se establece un acuerdo de solución amistosa, entre Pedro Restrepo y el Estado ecuatoriano*, 5 de octubre de 2000.
49 *Ibíd*.
50 *Cfr*. El Comercio. "El caso Fybeca conmocionó al país". *El Comercio*, 28 de septiembre de 2009.

Mata, de quien su madre manifiesta que, desde el 19 de noviembre de 2003, no conoce el paradero; y la otra persona es **Erwin Vivar**, de quien su esposa Mireya Vélez no sabe dónde está desde el asalto a la farmacia Fybeca. Diez años después de la matanza en la farmacia, Olga Reyes, acudió por primera vez a uno de los plantones de protesta para denunciar que su hijo **Darwin Cañar** también había sido detenido ese día[51].

En 2016, apareció una de las personas desaparecidas, cuyo nombre es Erwin Vivar Palma, quien se encuentra viviendo en Venezuela y fue traído al Ecuador como testigo protegido para que declarara su versión en el caso Fybeca[52].

Las desapariciones forzadas fueron denunciadas por familiares de las víctimas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acusando de responsable al Estado ecuatoriano. La Procuraduría aclara que, en el caso Fybeca, aún no se han agotado las instancias legales y que el proceso en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuentra en la fase de admisibilidad, de tal manera que no se ha establecido la responsabilidad del Estado ecuatoriano sobre los crímenes denunciados[53].

En este caso, no hay ningún informe establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que marque un antecedente de desaparición forzada. Sin perjuicio de aquello, según lo que obra en los expedientes investigativos, es muy probable que se condene al Estado ecuatoriano como responsable de la desaparición forzada de estas personas.

Los casos de las desapariciones forzadas expuestos anteriormente fueron cometidos presuntamente por miembros de la Policía Nacional. En el caso de los hermanos Restrepo, el Estado ecuatoriano reconoció su culpabilidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como medida reparadora a los daños y perjuicios ocasionados, se llegó a un acuerdo amistoso con el padre de Santiago y Andrés; a diferencia del caso Fybeca que el Estado solicitó que declare inadmisible la denuncia planteada ante dicha Comisión.

Lo importante de resaltar en estos dos casos es que las desapariciones forzadas contenidas en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no eximen que se demande el proceso de declaratoria de muerte presunta en materia civil. Por lo expuesto, la relación jurídica de la muerte presunta con la desaparición forzada se resume en que esta última puede llegar a ser un aconte-

51 *Cfr*. Ecuavisa. *Vision 360. Ecuavisa.* https://www.youtube.com/watch?v=fV9kiwXx2a0&feature=youtu.be (acceso 08/05/2017).

52 *Cfr*. La República. "Fiscal revela nombre del 'desaparecido' reaparecido en el Caso 'Las Dolores'*: La República*, 27de junio de 2016. http://www.larepublica.ec/blog/politica/2016/06/27/fiscal-revela-nombre-desaparecido-reaparecido-caso-dolores/ (acceso 08/05/2017).

53 *Cfr*. El Universo. "La Procuraduría aclara sobre caso González en CIDH". *El Universo*. http://www.eluniverso.com/noticias/2015/06/26/nota/4984734/procuraduria-aclara-sobre-caso-gonzalez-cidh (acceso 07/05/2017).

cimiento previo, esto es, un hecho peligroso e inminente que permite presumir fehacientemente que una persona ha desaparecido, motivando el inicio de una declaratoria judicial de muerte presunta. Un ejemplo de aquello es el caso Restrepo referido en líneas anteriores, en que la vía correspondiente para declarar la muerte presunta sería la especial de seis meses, contenida y desarrollada en el Código Civil ecuatoriano.

En el caso Fybeca, hasta que no exista un informe que declare la existencia de una desaparición forzada y responsabilice al Estado ecuatoriano, lo correcto sería iniciar el trámite de muerte presunta general de 10 años por cuanto se lo debe de asimilar aún como ausente.

7. Conclusiones y recomendaciones

Luego del estudio realizado de la muerte presunta y su relación jurídica con la desaparición forzada de personas, podemos concluir que el término "ausencia" es distinto al de "desaparición", vocablos que se asemejan por la no presencia física del individuo, pero que son completamente diferentes, ya que la ausencia es para referirse al caso general de muerte presunta cuando la persona no ha tenido contacto con sus familiares y amigos por un prolongado tiempo sin saberse si vive o muere, así como también cuando, al dictarse la posesión provisional, el ausente ha cumplido ochenta años; en cambio, la desaparición es utilizada en el caso especial de los seis meses cuando concurren acontecimientos como: un naufragio, un hecho de guerra o peligro inminente para la vida.

Se concluye que, por haber un informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de los hermanos Restrepo, se puede tomar como un antecedente para solicitar la muerte presunta como caso especial de seis meses. En cuanto al caso González y otros (Fybeca), se enmarca en un caso general, ya que no existe un antecedente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que declare a las personas desaparecidas forzadamente; por consiguiente, ellos siguen ausentes y lo correcto es que se inicie el procedimiento de declaratoria de muerte presunta.

Otra de las conclusiones que nos deja la presente investigación es que los informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referentes a declarar la responsabilidad de un Estado por la desaparición forzada de una persona, no constituye de pleno derecho una declaratoria de muerte de la misma, en razón que se debe agotar la instancia civil de muerte presunta en el Estado sancionado.

Finalmente, para evitar inseguridad jurídica, se recomienda reformar el Código Civil ecuatoriano para que el Estado pueda actuar de oficio en el juicio de declaración de muerte presunta cuando exista un informe de la Comisión Intera-